XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

REGINA VERA VILLAS BOAS

RIVA SOBRADO DE FREITAS

CLÁUDIA MANSANI QUEDA DE TOLEDO

Copyright © 2019 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria – CONPEDI
Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC – Santa Catarina
Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG – Goiás
Vice-presidente Sudeste - Prof. Dr. César Augusto de Castro Fiuza - UFMG/PUCMG – Minas Gerais
Vice-presidente Nordeste - Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS – Sergipe
Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa – Pará
Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos – Rio Grande do Sul
Secretário Executivo - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Naspolini - Unimar/Uninove – São Paulo

Representante Discente – FEPODI
Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie – São Paulo

Conselho Fiscal:
Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM – Rio de Janeiro Prof. Dr.
Aires José Rover - UFSC – Santa Catarina
Prof. Dr. Edinilson Donisete Machado - UNIVEM/UENP – São Paulo
Prof. Dr. Marcus Firmino Santiago da Silva - UDF – Distrito Federal (suplente)
Prof. Dr. Ilton Garcia da Costa - UENP – São Paulo (suplente)

Secretarias:
Relações Institucionais
Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - IMED – Santa Catarina
Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR – Ceará
Prof. Dr. José Barroso Filho - UPIS/ENAJUM– Distrito Federal
Relações Internacionais para o Continente Americano
Prof. Dr. Fernando Antônio de Carvalho Dantas - UFG – Goías
Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA – Bahia
Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA – Maranhão
Relações Internacionais para os demais Continentes
Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba – Paraná
Prof. Dr. Rubens Beçak - USP – São Paulo
Profa. Dra. Maria Aurea Baroni Cecato - Unipê/UFPB – Paraíba

Eventos:
Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch (UFSM – Rio Grande do Sul) Prof. Dr.
José Filomeno de Moraes Filho (Unifor – Ceará)
Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta (Fumec – Minas Gerais)

Comunicação:
Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro (UNOESC – Santa Catarina
Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho (UPF/Univali – Rio Grande do Sul Prof. Dr. Caio
Augusto Souza Lara (ESDHC – Minas Gerais

Membro Nato – Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UNICAP – Pernambuco

D597

Direitos e garantias fundamentais II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI/ UFG / PPGDP

Coordenadores: Regina Vera Villas Boas

Riva Sobrado De Freitas

Cláudia Mansani Queda De Toledo – Florianópolis: CONPEDI, 2019.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-85-5505-808-0

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Assistência. 3. Isonomia. XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI (28 : 2019 : Goiânia, Brasil).

CDU: 34



Conselho Nacional de Pesquisa
Univeridade Ferderal de Goiás e Programa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis

Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br



de Pós Graduação em Direito e Políticas Públicas
Goiânia - Goiás
https://www.ufg.br/

XXVIII ENCONTRO NACIONAL DO CONPEDI GOIÂNIA – GO

DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS II

Apresentação

Os Coordenadores do GT "Direitos e Garantias Fundamentais II" que assinam, abaixo, apresentam o presente Livro, relacionando os títulos e autores dos trabalhos científicos selecionados e efetivamente expostos no Grupo de Trabalho referido, que fez parte do XXVIII Encontro Nacional do CONPEDI, cuja temática principal reflexionada tratou do "Constitucionalismo Crítico, Políticas Públicas e Desenvolvimento Inclusivo", no período entre 19 a 21 de junho de 2019, nas dependências da Universidade Federal de Goiás – UFG (em 21.06, na sala 207).

Participaram do Encontro pesquisadores, representantes de diversos Programas de Pós-Graduação em Direito, os quais vieram de variadas regiões do Brasil e produziram ricos e expressivos debates nos Grupos de Trabalhos, propiciando verdadeira troca de experiências, investigações acadêmico-científicas, estudos e humanidade, fortalecendo a orientação da prática jurídica e humanitária.

A realidade cotidiana que foi trazida à baila, por meio dos textos científicos produzidos revelou situações distintas relacionadas à efetividade dos direitos, notadamente dos direitos e garantais individuais e sociais e, também, algumas situações similares, no tocante à materialização de políticas públicas regionais desafiadoras do cumprimento dessas garantias e direitos.

Os debates revelaram que, de um lado, várias garantias e direitos fundamentais não conseguem ser efetivados em variadas regiões do país, em razão da ausência e/ou ineficiência da prática de necessárias políticas públicas a serem desenvolvidos e implementadas pelos governantes e gestores e, de outro lado, foram trazidas algumas poucas experiências demonstrando a existência de políticas integrativas concretizadoras de garantias e de direitos fundamentais. Discutiu-se, a respeito da (in) efetividade da salvagurada dessas garantias e direitos, a partir da utilização de instrumentos processuais individuais e coletivos, apontando-se a importância da materialização dos direitos fundamentais sociais à concretude dos direitos fundamentais individuais.

As exposições e debates fortaleceram a continuidade do esforço dos operadores do Direito, governantes e gestores dos sistemas legislativo, judiciário e executivo, em proveito das instituições sociais que buscam a concretização do Estado Socioambiental e Democrático de

Direito, que deve salvaguardar as garantias e os direitos humanos conquistados com tanta luta.

Os trabalhos desenvolvidos pelo GT “Direitos e Garantias Fundamentais II” corroboraram com vibração e alegria a tarefa acadêmica designada aos coordenadores, identificando, selecionando e debatendo o produto dos artigos apresentados na oportunidade, procurando estimular os participantes a refletirem com verticalidade sobre a realidades, notadamente a brasileira, envolventes dos temas expostos aos debates.

As exposições respeitaram, inicialmente, uma divisão em Grupos, orientada pelos Coordenadores, que conseguiu aproximar temáticas à realização de debates profícuos, proveitosos e de interessantes dos participantes. O tempo foi organizado de maneira a possibilitar a cada um dos autores-expositores “per se”, não mais que oito minutos para a exposição dos seus textos, abrindo-se a oportunidade dos debates ao final das exposições de cada Grupo, ocorrendo, em seguida, o seu fechamento pelos Coordenadores do GT.

Inicialmente, foram aprovados e selecionados para participarem do GT “Direitos e Garantias Fundamentais II” vinte e três trabalhos, dos quais dezenove foram expostos no evento. Fazem parte deste volume do Livro, os dezenove textos apreciados, aprovados e efetivamente apresentados no CONOPEDI Goiânia, conforme anotado, a seguir.

Seguindo a ordem das exposições, são relacionados, a seguir, os nomes dos autores e coautores (identificando-se os presentes e os ausentes), os títulos dos trabalhos expostos, e um brevíssimo resumo do conteúdo principal trazido em cada texto dos autores, os quais compõem, no conjunto, a presente Obra.

1 - Francine Cansi (presente) e João Luis Severo Da Cunha Lopes (ausente)

Título: “A SAÚDE COMO UM DIREITO FUNDAMENTAL: NA PERSPECTIVA CONSTRUCIONISTA DOS SISTEMAS NACIONAIS DE SAÚDE”.

Trata dos direitos fundamentais, apontando a necessidade e/ou possibilidade de o sujeito viver ativamente em sociedade, discutindo o direito aos cuidados relacionados à saúde, a qual ocupa um conceito mais amplo daquele normalmente empregado pela sociedade científica. Mostra que os serviços e ações de saúde prestados no Brasil são de relevância pública e designam mecanismos de controle social do Estado de Direito em prestar saúde digna e

eficaz a todos, trazendo, também, informações sobre os serviços de consorciados de boa qualidade e acessíveis para todos, apontando a saúde como um direito fundamental sob a perspectiva construcionista dos sistemas nacionais de saúde.

2 - Sandra Regina Martini , Matteo Finco -

Título: ”CORRUPÇÃO E VIOLÊNCIA SISTÊMICAS ENTRE DIREITO E POLÍTICA: REFLEXÕES A PARTIR DE ‘TANGENTOPOLI’ NA ITÁLIA” - O artigo adota o referencial teórico-sistêmico do sociólogo Luhmann e fornece um enquadramento dos conceitos de corrupção sistêmica e de violência sistêmica, apreciando a maneira como os fenômenos descritos afetam os subsistemas do direito e da política. Revela que a análise de “Tangentopoli” (Itália), conectado à investigação criminal “Mani Pulite” tenta identificar repercussões do âmbito dos direitos humanos e dos conflitos entre mídia, opinião pública, poderes judiciário e político. Entende a corrupção não somente como crime, mas como fenômeno social abrangente, que envolve toda a sociedade.

3 - Diogo Oliveira Muniz Caldas

Título: ”O DIREITO FUNDAMENTAL À MORADIA: AS DESOCUPAÇÕES DOS ESPAÇOS URBANOS DO RIO DE JANEIRO SOB A ÓTICA DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE” - Refere-se à problemática das desocupações da cidade do Rio de Janeiro, priorizando a supremacia do interesse público em detrimento do princípio da dignidade da pessoa humana, anotando que a vigente Constituição da República federativa do Brasil estabeleceu o direito à moradia como um direito fundamental social que deve ser garantido para todos os cidadãos. Analisa o impacto social causado pela falta de moradia digna, a formação das políticas públicas habitacionais e, também, a função social da propriedade diante da função social das cidades e a omissão do Poder Público à efetividade das políticas públicas.

4 - Lucas Prado Kizan

Título: “REMOÇÃO DE CONTEÚDO DA INTERNET: ENTRE O DIREITO DO CONSUMIDOR E A TRANSGRESSÃO CONSTITUCIONAL” - Aborda algumas características próprias da rede internet em confronto com a legislação pátria, apontando o problema da obrigatoriedade de ordem judicial para remoção de conteúdo publicado por terceiros na internet, refletindo sobre a responsabilização objetiva trazida no texto do Código

de Defesa do Consumidor (CDC). Defende a inconstitucionalidade do artigo 19 do Marco Civil da Internet, afirmando o seu retrocesso legislativo, afronta aos direitos básicos do consumidor e ignorância da aplicação dos meios alternativos de resolução de conflitos.

5 - Isaac Ronaltti Sarah da Costa Saraiva

Título: “ESTADO E ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA: O BRASIL E A LÓGICA CÍCLICA ESTAMENTAL PERANTE A CONCRETIZAÇÃO DA CIDADANIA, EFETIVIDADE DE DIREITOS SOCIAIS E O DIREITO FUNDAMENTAL À BOA ADMINISTRAÇÃO” - Revela a problemática da efetividade dos direitos fundamentais sociais do Brasil, trazendo um pouco da história da superação das realidades cíclicas advindas do processo de colonização peculiar, ocorrido nas terras brasileiras e, também, um pouco da história da atual crise institucional dos Estados modernos, que afetam a ideia do significado de “Estado” e sua organização, construída no Ocidente, após Revoluções burguesas, questionando sobre os movimentos liberais do século XVIII. Procura estabelecer diálogos entre a administração pública, a supremacia judicial, a questão da eficiência e o Direito Fundamental à boa Administração.

6 - Diogo Loureiro Ribeiro

Título: “O DEVER FUNDAMENTAL DE PAGAR TRIBUTOS NO DIREITO BRASILEIRO” - Afirma o dever fundamental de pagar tributos, trazendo à baila o contexto do princípio da solidariedade, os deveres fundamentais autônomos e independentes dos direitos fundamentais, buscando responder, a partir da doutrina italiana e portuguesa e de julgados brasileiros, se há no ordenamento brasileiro um dever fundamental de pagá-los e, se decorre este dever, do princípio de solidariedade.

7 - Bruno Bastos De Oliveira e Maria das Graças Macena Dias de Oliveira

Título: “LIBERDADE RELIGIOSA COMO DIREITO FUNDAMENTAL NA PERSPECTIVA CONSTITUCIONAL BRASILEIRA: UMA ANÁLISE HISTÓRICA A PARTIR DA LAICIDADE ESTATAL” - Afirma que, no Brasil, a ideia de liberdade se desenvolve de maneira gradativa, a partir de concepções históricas, desde a época do Brasil Império até a contemporaneidade, notadamente após a promulgação do texto constitucional vigente, que revela a concepção de liberdade religiosa. Aponta a evolução do conceito de liberdade, durante o século XIX, com especial enfoque na liberdade religiosa, trazendo à baila o laicismo descrito na vigente Constituição brasileira. Reflete sobre as controvérsias oriundas da (in) constitucionalidade do sacrifício de animais em cultos religiosos.

8 - Abner da Silva Jaques (presente) e Bruno Valverde Chahaira (ausente)

Título: “DIREITOS HUMANOS E ÉTICA: LIMITES ÀS PESQUISAS CIENTÍFICAS FRENTE À DIGNIDADE HUMANA” - Reflete sobre os limites das pesquisas realizadas a partir das células tronco-embrionárias, problematizando a necessidade da existência de limites no avanço da ciência, decorrentes da preservação da dignidade humana. Revela a Lei de Biossegurança no contexto da regulamentação da pesquisa científica com material genético humano no Brasil, e a imposição de limites ao avanço das pesquisas, em razão da precariedade da norma jurídica brasileira, no tocante à efetividade dos dispositivos técnicos-científicos que protegem à dignidade humana.

9 - Fernando Antônio de Souza Dias (presente) e Silvano Lopes (ausente)

Título: “DIREITO FUNDAMENTAL À SEGURANÇA NO TRÂNSITO COMO OBJETO DA AÇÃO POPULAR” - Refere-se ao reconhecimento de um direito fundamental à segurança no trânsito que possui todo cidadão brasileiro, bem como à possibilidade de utilização do instrumento da ação popular à materialização de referido direito fundamental, que pode salvaguardar e efetivar a necessária proteção do cidadão.

10 - Fabrício de Almeida Silva Reis (presente) e Michelly Pereira Melo (ausente)

Título: “O PAPEL DO PROFISSIONAL BOMBEIRO MILITAR FRENTE À PROTEÇÃO DOS DIREITOS HUMANOS DE MINORIAS, TENDO COMO ESCOPO O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA” - Traz à baila princípios questões relevantes sobre a proteção dos direitos humanos das minorias, dando como exemplo os profissionais do “Corpo de Bombeiros Militar”. Revela a importância da função social dos bombeiros e da atuação cautelosa que exercem, atendendo às mais diversas e perigosas ocorrências a que ficam expostos.

11 - Heloisa Helena Silva Pancotti (presente) e Maria Fernanda Paci Hirata Shimada (ausente)

Título: “ANÁLISE DA (IN) CONSTITUCIONALIDADE DO REGIME DISCIPLINAR DIFERENCIADO E O PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA” - Reflete a respeito da sistemática do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD) no tocante à (in) observância ao princípio da Dignidade da Pessoa Humana, abordando realidades do sistema carcerário brasileiro, as quais impuseram a criação de legislação reguladora, abrangente da realidade envolvente da situação de periculosidade. Discute sobre a (in) constitucionalidade do Regime Disciplinar Diferenciado (RDD), a partir da compreensão da forma proporcional

de resposta penal em casos graves, que pode efetivar a garantia constitucional da individualização da pena, dentro da liberdade de conformação propiciada pelo legislador ordinário.

12 - Marcelo Vitor Silva Rizzo (presente) e Teófilo Marcelo de Arêa Leão Júnior (ausente)

Título: “AS CONSEQUÊNCIAS DA MUTAÇÃO DO INSTITUTO DA GRATUIDADE JUDICIÁRIA TRAZIDAS PELA LEI 13.467/2017 E O ACESSO À JUSTIÇA DO TRABALHO” - Reflete sobre a alteração corrida no ordenamento jurídico trabalhista brasileiro no que tange à justiça gratuita, discutindo se referida situação causou, ou não, a supressão do direito fundamental do acesso justiça, e se esta nova situação alterou perspectivas jurídicas do âmbito do Direito do Trabalho, atingindo às relações jurídicas contemporâneas já sedimentadas entre empregados e empresas.

13 - Rudolpho Cesar Morello Gomes (presente) e Daniela Menengoti Ribeiro (ausente)

Título: AUSÊNCIA DE MORADIA AOS REFUGIADOS VENEZUELANOS: A NECESSIDADE DO ATIVISMO JUDICIAL PARA EFETIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS” - Debate sobre o ativismo judicial, considerado como elemento garantidor do direito à moradia digna frente à inércia do Poder Executivo e do Legislativo em assegurar aos refugiados venezuelanos o mínimo existencial no tocante ao acesso à habitação no território brasileiro. Enfrenta as questões sobre a aplicabilidade dos princípios constitucionais ao direito à moradia, frente ao princípio constitucional da separação dos poderes e à intervenção do Ministério Público Federal.

14 - Bárbara Fabiane Alves e Silva Resende (presente) e Silvério Pereira D

da Silva Júnior (ausente)

Título: “EVOLUÇÃO HISTÓRICA DA AÇÃO POPULAR NAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS E O CIDADÃO COMO LEGITIMADO ATIVO” - O artigo traz estudos sobre a aplicação da Ação Popular no ordenamento jurídico brasileiro, abordando aspectos relevantes sobre a evolução do instituto pelas Constituições brasileiras e pelas legislações infraconstitucionais, analisadas a partir dos cenários jurídico, social e político e considerando o relevante papel do legitimado a intentar uma ação popular – considerada como um mecanismo de garantia da efetividade da democracia plena e do Estado Democrático e Constitucional de Direito.

15 - Ednahn Veríssimo Andrade Silva (presente) e Fabrício Wantoil Lima (ausente)

Título: “DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA NO ACESSO À SAÚDE: A ATUAÇÃO EXTRAJUDICIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE GOIÁS NO FORNECIMENTO DE MEDICAMENTOS” - Revela a importância da atuação extrajudicial do Ministério Público do Estado de Goiás à efetividade do fornecimento de medicamentos necessários à saúde do cidadão, anotando a importância dos mecanismos jurídicos utilizados à celeridade da Justiça e à concretização da dignidade da pessoa humana.

16 - Weder Antonio De Oliveira (presente) e Genaro Lopes Honori Guilarducci (ausente)

Título: “A QUESTÃO DO HOMESCHOOLING NO BRASIL A PARTIR DA DECISÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL” - Revela estudos sobre o ensino domiciliar na sociedade brasileira, anotando que ausência de legislação específica sobre a matéria, traz debates relevantes sobre a constitucionalidade e a materialidade deste ensino. Mostra posicionamento do Supremo Tribunal Federal que aponta a necessidade de regulamentação legal da matéria. Observa que, nesse sentido, os direitos do menor são indisponíveis, razão pelas quais devem ser protegidos pelos órgãos competentes, os quais devem tutelar os direitos fundamentais que envolvem à liberdade de escolha dos pais. Afirma que a educação domiciliar não deve ser proibida, devendo, porém, ser regulamentada, tendo meios eficazes de concretizar a sua fiscalização.

17 - Janaína Machado Sturza (presente) e Daiane Calioni Berton (ausente)

Título: “Da (DES) PROTEÇÃO DE DIREITOS E GARANTIAS FUNDAMENTAIS: AS DESIGUALDADES SOCIAIS COMO ÓBICE AO ACESSO UNIVERSAL À SAÚDE” - Afirma que o direito fundamental à saúde, de acordo com o texto constitucional um direito de todos e dever do Estado, sendo garantido pelas políticas públicas que objetivam o seu acesso universal e igualitário. Objetiva demonstrar que o acesso à saúde, como possibilidade de reconhecimento dos direitos e garantias fundamentais, encontra óbices nas desigualdades sociais, necessitando da salvaguarda da saúde como um direito fundamental social que deve promover a qualidade da vida e, consequentemente, da dignidade da condição humana, como valores essenciais à concretização da cidadania.

18 - Lucimara Lopes Keuffer Mendonça

Título: “A DEFICIÊNCIA COMO UMA QUESTÃO DE DIREITOS HUMANOS: ENTRE OS CONCEITOS BIOMÉDICO E BIOPSICOSSOCIAL” - Afirma que as questões

relacionadas à compreensão do vocábulo “deficiência” se tornaram uma questão prioritária ao pesquisador, apontando que ele (o vocábulo “deficiência”) está consubstanciado em um novo paradigma político e social de emancipação da pessoa com deficiência, bem como deve ser considerando inserido na questão universal do significado dos direitos humanos. Reflete sobre as novas conceituações do vocábulo “deficiência”, advindas de modelos criados a partir de movimentos sociais e lutas políticas dos “grupos das pessoas com deficiência”, estudando as novas epistemologias, diante do modelo individualista cunhado pela biomedicina.

19 – Matheus de Araújo Alves e Lucas Baffi Ferreira Pinto (ausente)

Título: “A RESERVA DO POSSÍVEL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS” - Discute sobre a aplicabilidade dos direitos sociais e o significado prático das atividades prestacionais, questionando sobre a possibilidade fático-jurídica de atendimento das prestações positivas por parte do Estado em face da efetividade dos direitos fundamentais sociais. Reflete sobre a efetivação do princípio do acesso à justiça a partir da doutrina de Robert Alexy, enfrentando a problemática da reserva do possível, por meio da compreensão do significado do sopesamento, da proporção e da materialização dos direitos fundamentais.

Professora-Doutora Regina Vera Villas Bôas

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo – PUC/SP

Centro Universitário Salesiano de São Paulo – UNISAL/SP (Unidade Lorena)

Professora-Doutora Cláudia Mansini Queda de Toledo

Centro Universitário de Bauru - Instituição Toledo de Ensino de Bauru – ITE

Professora-Doutora Riva Sobrado de Freitas

Universidade do Oeste de Santa Catarina - UNOESC

Nota Técnica: Os artigos que não constam nestes Anais foram selecionados para publicação na Plataforma Index Law Journals, conforme previsto no artigo 8.1 do edital do evento. Equipe Editorial Index Law Journal - publicacao@conpedi.org.br.

A RESERVA DO POSSÍVEL E A CONCRETIZAÇÃO DOS DIREITOS SOCIAIS

THE POSSIBLE RESERVE AND THE CONCRETIZATION OF SOCIAL RIGHTS

Matheus de Araújo Alves [1]
Lucas Baffi Ferreira Pinto [2]

Resumo

Este trabalho tem como objetivo discutir a aplicabilidade dos direitos sociais que, para serem efetivamente concretizados, é necessário que se observe sua adequação e harmonização em relação à possibilidade fática da atividade prestacional. Os questionamentos surgem da impossibilidade fático-jurídica de atendimento de prestações positivas por parte do Estado estarem sendo excessivamente suscitadas para impossibilitar o reconhecimento de direitos fundamentais de segunda geração pelo Poder Judiciário. Assim, baseando-se na Teoria de Robert Alexy, almeja-se resolver a problemática da reserva do possível através das leis de colisão e sopesamento, buscando, nos casos de conflitos entre princípios, soluções proporcionais e efetivas.

Palavras-chave: Reserva do possível, Direitos sociais, Direitos fundamentais, Robert alexy

Abstract/Resumen/Résumé

This paper aims to discuss the applicability of social rights that, in order to be effectively fulfilled, it is necessary to observe their adequacy and harmonization in relation to the factual possibility of the service activity. The questions arise from the factual-legal impossibility of receiving positive benefits from the State being excessively raised to make it impossible to recognize the second generation fundamental rights by the Judiciary. Based on Robert Alexy's Theory, we aim to solve the problem of reserving the possible through the laws of collision and weighing, seeking, in cases of conflicts between principles, proportional and effective solutions.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Reserve of the possible, Social rights, Fundamental rights, Robert alexy

[1] Mestre Direito pela Universidade FUMEC. Especialista em Ciências Penais pelo IEC/PUC Minas e em Direito Público pela Universidade Anhanguera/Uniderp. Professor de Direito Constitucional na FACISA-MG. Advogado.

[2] Doutorando Universidade Veiga de Almeida-RJ, mestre em Direito pela UCP, especialista Direito do Trabalho, Processo do Trabalho e Previdenciário pela Universidade Estácio de Sá. Professor da UNIFESO, FACHA e UCP.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (BRASIL, 1988), já em seus primeiros artigos, trouxe, de forma inovadora para o constitucionalismo brasileiro, os princípios fundamentais da República Federativa do Brasil e os direitos e garantias fundamentais tais como a dignidade da pessoa humana, a construção de uma sociedade livre, justa e solidária, o pluralismo político, a erradicação da pobreza e da marginalização, a redução das desigualdades sociais e regionais, promovendo o bem de todos sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer formas de discriminação.

A aplicabilidade e a efetiva concretização especialmente dos direitos sociais carecem da atuação estatal. Porém, para que esses direitos sejam atendidos, há de se observar sua adequação e harmonização à possibilidade fática da própria atividade prestacional (ROCHA, 2005, p. 02). O que se questiona por meio do presente trabalho é que a impossibilidade fático-jurídica de atendimento de prestações positivas por parte do Estado, tem sido excessivamente suscitada para impossibilitar o reconhecimento de direitos subjetivos sociais pelo Poder Judiciário. Nesse sentido, Gladston Bethônico Bernardes Rocha Macedo destaca que a reserva do possível tem assumido "nítida expressão de reserva de consciência, posta como um álibi a afastar de modo irracional o embate argumentativo travado em torno do dever estatal de garantir o mínimo necessário para uma existência digna" (MACEDO, 2017).

Com isso, violam-se explicitamente os preceitos dispostos no artigo 5º, §1ª da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988) que prevê a máxima e imediata efetividade dos direitos fundamentais. Da mesma forma, José Joaquim Gomes Canotilho, ao debater sobre essa problemática, diz:

> Quais são no fundo, os argumentos para reduzir os direitos sociais a uma garantia constitucional platônica? Em primeiro lugar, os custos dos direitos sociais. Os direitos de liberdade não custam, em geral, muito dinheiro, podendo ser garantidos a todos os cidadãos sem se sobrecarregarem os cofres públicos. Os direitos sociais, pelo contrário, pressupõem grandes disponibilidades financeiras por parte do Estado. Por isso, rapidamente se aderiu à construção dogmática da reserva do possível para traduzir a ideia de que os direitos só podem existir se existir dinheiro nos cofres públicos. Um direito social sob "reserva dos cofres cheios" equivale, na prática, a nenhuma vinculação jurídica (CANOTILHO, 2002, p. 477).

É necessário, portanto, que se faça uma análise da constitucionalidade da reserva do possível como barreira ao acolhimento de pretensões individuais baseadas em direitos sociais e se discuta se existe ou não uma parcela essencial dos direitos de segunda geração frente ao qual seria incabível a alegação de impossibilidade de seu cumprimento por parte do poder público.

2 HISTÓRICO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Os direitos fundamentais têm sua origem no surgimento do moderno Estado constitucional, fundado no reconhecimento e proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem (SARLET, 2003, p. 39).

A história desses direitos está diretamente ligada à história da limitação do poder, em uma época onde o Estado ameaçava valores como a vida, a liberdade e a propriedade, e que deu lugar ao Estado Social, que passa a constituir produto da sociedade industrial, sendo que a ameaça à esses valores não procede mais de atuação estatal, mas da sociedade e de suas estruturas injustas. Para Rosalia Carolina Kappel Rocha, o Estado aqui, aparece como aliado, protetor de direitos, enquanto a sociedade figura como o reino da injustiça e das desigualdades (ROCHA, 2005, p. 03).

Os direitos fundamentais são divididos pela doutrina em três diferentes gerações/dimensões, sendo que a primeira geração apresenta certo "caráter negativo", uma vez que são dirigidos a uma abstenção e não a uma conduta positiva por parte do Estado (SARLET, 2003, p. 51). São direitos de resistência conferidos ao indivíduo frente à atuação estatal, estando incluídos os direitos à vida, à liberdade, à propriedade e à igualdade. Jorge Miranda observa que, em relação a tais direitos, nem sempre é exigida exclusivamente abstenção, já que podem ser exigidas prestações positivas ou subsídios, sem as quais é frustrada a sua realização, como no exemplo da liberdade da imprensa, que implica assegurar pela lei os meios necessários à garantia da sua independência perante os poderes político e econômico (MIRANDA, 2012, p. 102).

Os direitos fundamentais de segunda geração, também conhecidos como de segunda dimensão ou direitos econômicos, sociais e culturais, surgem no século XIX com o processo de industrialização e os graves problemas sociais e econômicos da época, acompanhados de movimentos reivindicatórios que exigiam do Estado um comportamento ativo na realização da justiça social (ROCHA, 2005, p. 04). Aqui ocorre um rompimento com a "dimensão negativa" passando a ter um caráter "positivo", pois não se trata mais de se obter liberdade do Estado, mas de uma liberdade por intermédio deste. Os direitos de segunda geração foram efetivamente consagrados em um significativo número de constituições apenas após o período da II Guerra Mundial e caracterizam-se por conferir, aos indivíduos, direitos a prestações sociais estatais, como assistência social, saúde, educação, trabalho, entre outros.

Quando se fala de direitos sociais não se está limitando apenas aos direitos de cunho positivo, mas também as liberdades sociais, tais como a liberdade de sindicalização, o direito

de greve, a garantia de salário mínimo, etc. (SARLET, 2003, p. 53). Os direitos sociais são intimamente vinculados às tarefas de melhoria, de distribuição e redistribuição de recursos, além da criação de bens essenciais não disponíveis para quem os necessitem. Estes são, portanto, realizados através de políticas públicas, orientados pelo princípio lógico e estruturante de solidariedade social (CANOTILHO, 2002, p. 476).

O jurista português Jorge Miranda, ao diferenciar os direitos fundamentais de primeira e de segunda geração, aponta que nos direitos de liberdade parte-se da ideia de que as pessoas:

> [...] só por o serem, ou por terem certas qualidades ou por estarem em certas situações ou inseridas em certos grupos ou formações sociais, exigem respeito e proteção por parte do Estado e dos demais poderes, enquanto nos direitos sociais, parte-se da verificação da existência de desigualdades e de situações de necessidade – umas derivadas das condições físicas e mentais das próprias pessoas, outras derivadas de condicionalismos exógenos (econômicos, sociais, geográficos, etc.) – e da vontade de as vencer para estabelecer igualdade efetiva e solidária entre todos os membros da mesma comunidade política (MIRANDA, 2012, p. 200).

Para o autor, enquanto a maior parte dos direitos, liberdades e garantias está prevista em normas constitucionais preceptivas e exequíveis por si mesmas, tornando sua execução possível desde que estas sejam aplicadas, a quase totalidade dos direito sociais está consignada em normas programáticas, que têm de ser seguidas não só de lei como de modificações econômicas, sociais e/ou administrativas (MIRANDA, 2012, p. 105-106). Neste sentido, a realização de tais direitos é indissociável da política econômica e social de cada momento.

Os direitos de terceira dimensão, também conhecidos como direitos de solidariedade e de fraternidade, caracterizam-se como sendo direitos de titularidade difusa ou coletiva. Dentre eles estão o direito à paz, à autodeterminação dos povos, ao desenvolvimento, ao meio ambiente e qualidade de vida, o direito à conservação e utilização do patrimônio histórico e cultural, o direito de comunicação, entre outros (SARLET, 2003, p. 53).

Parte da doutrina tem reconhecido também uma quarta geração de direitos fundamentais, resultantes do processo de globalização dessas garantias. Dentre eles estão o direito à democracia e ao pluralismo, visando uma universalização de direitos fundamentais para a construção de uma sociedade aberta para o futuro que respeite as acepções dos indivíduos (BONAVIDES, 2016, p. 525).

3 A EFICÁCIA DOS DIREITOS SOCIAIS NA CONSTITUIÇÃO DE 1988

O artigo 5º, §1º, da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 prevê em seu texto que todas as normas relativas a direitos fundamentais são dotados de um mínimo de

eficácia, cabendo ao agente estatal a tarefa de extrair das normas que consagram esses direitos, a maior eficácia possível. Com isso, há um predomínio das normas definidoras de direitos fundamentais quando comparadas aos demais preceitos constitucionais. Porém, isso não significa que entre os direitos fundamentais não existam distinções sobre a graduação da aplicabilidade e eficácia, dependendo da forma de positivação, do objeto e da função que cada norma exerça (SARLET, 2003, p. 259-261).

Ao passo que a eficácia dos direitos de defesa, especialmente os de liberdade, igualdade, direitos políticos, garantias institucionais, entre outros, que demandam uma atitude de abstenção por parte dos poderes estatais e dos particulares destinatários dos direitos, não costumam ser alvo de críticas e questionamentos, o mesmo não ocorre quando se tratam dos direitos sociais, principalmente quando considera-se sua dimensão prestacional (SARLET, 2003, p. 263).

Nesse sentido, José Afonso da Silva, ao analisar o art. 5º, §1º da Constituição da República Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), entende que:

> as normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata e isso abranger as normas que revelam os direitos sociais, nos termos dos arts. 6º a 11, isso não resolve todas as questões, porque a Constituição mesma faz depender de legislação ulterior a aplicabilidade de algumas normas definidoras de direitos sociais e coletivos. Por regra, as normas que consubstanciam os direitos fundamentais democráticos e individuais são de aplicabilidade imediata, enquanto as que definem os direitos sociais tendem a sê-lo também na Constituição vigente, mas algumas, especialmente as que mencionam uma lei integradora, são de eficácia limitada e aplicabilidade indireta (SILVA, 2005).

Enquanto a maior parte dos direitos de primeira geração está consignada em normas constitucionais preceptivas e exequíveis por si mesmas, a maior parte da segunda geração de direitos fundamentais está contemplada em normas programáticas, que dependem não só da lei, mas também das modificações econômicas, sociais e administrativas, conforme observa Jorge Miranda (MIRANDA, 2000, p. 204).

Na concepção de Ricardo Lobo Torres, os direitos sociais e econômicos constituem forma de princípios de justiça, de normas programáticas sujeitas à intervenção legislativa, especialmente no que tange ao orçamento público, à justiça social e à ponderação de princípios constitucionais. Segundo o autor, tais direitos têm maior destaque na doutrina alemã, em decorrência da constitucionalização de seus direitos fundamentais sociais, subordinando os autores que a adotam à justiça social, onde a reserva do possível constitui mera diretiva para o Estado, não se confundindo com os direitos da liberdade, nem com o mínimo existencial (TORRES, 2001, p. 282).

Neste sentido, o mínimo existencial, de forma diferente dos direitos sociais, refere-se ao direito às condições mínimas de existência humana digna que não pode ser objeto de intervenção estatal e que ainda exige prestações positivas. A sua proteção positiva se realiza de diversas formas, dentre elas está a educação primária, a prestação jurisdicional, a saúde pública, os programas de assistência à população carente, etc. Sem esse mínimo necessário à existência, as condições iniciais de liberdade e sobrevivência do homem desaparecem (TORRES, 2001, p. 266).

É importante observar, portanto, que na realização e na efetiva concretização e prática desses direitos, através de prestações positivas, não é possível ignorar os elementos e condições materiais do momento, especialmente os financeiros, que muitas das vezes não são suficientes para o atendimento de todas as demandas sociais e econômicas dos indivíduos.

4 A RESERVA DO POSSÍVEL

Apesar dos vários benefícios provenientes da positivação dos direitos sociais no século XIX, o constitucionalismo social também trouxe consigo alguns problemas a respeito da eficácia dessas normas constitucionais. Para Gladston Macedo, neste momento, os textos constitucionais assumem, aos poucos, o reconhecimento dessa segunda dimensão de direitos fundamentais, atribuindo-lhes, contudo, o estatuto de norma programática, cuja eficácia plena estaria submetida à interposição do legislador (MACEDO, 2017).

Com popularização das constituições do período após a II Guerra Mundial e o anseio por um efetivo estado de bem-estar social trazido por elas, surgem clamores pela sua imediata aplicabilidade, a qual estaria assentada em direitos públicos subjetivos a prestações emanadas originariamente do texto constitucional, suscetíveis, dessa forma, de reivindicação judicial. Entretanto, conforme destaca Macedo, as crises econômicas do final do século XX passaram a questionar essa situação considerada por muitos como utópica, despertando a atenção da doutrina e da jurisprudência para a questão da limitação dos recursos para o atendimento de todas essas demandas (MACEDO, 2017). Dessa forma, o autor entende que:

> Decerto, a peculiaridade das normas de direitos fundamentais consagradoras de direitos sociais assenta-se precisamente em seu denominado *status positivus*. A exigência preponderante de uma prestação positiva do Estado, coloca a eficácia e efetivação dos direitos sociais na dependência dos recursos econômicos disponíveis, cogitando-se, por isso, de uma regra da relevância econômica a diferençar os direitos individuais e políticos dos direitos de segunda dimensão (MACEDO, 2017).

Com isso, além das discussões a respeito da aplicação dos direitos fundamentais subjetivos de caráter social, surge também a problemática da reserva do possível que,

conforme Galdino, tem sido utilizada apenas para impedir a concretização de normas fundamentais de segunda dimensão, embora individuosa a também existente projeção econômica dos direitos de defesa (GALDINO, 2002, p. 139).

4.1 ORIGEM HISTÓRICA

A construção da Teoria da Reserva do Possível se deu após a denominada decisão *numerus clausus* do Tribunal Federal Constitucional Alemão em 1972 ao se discutir se a limitação do número de vagas nas universidades, com restrições fundamentadas no princípio do mérito, violava o direito à liberdade de escolha de profissão e o princípio do Estado Social, garantindo (MACEDO, 2017). No caso, a Corte alemã proferiu decisão em demanda ajuizada por estudantes que não haviam sido aceitos em universidades de medicina de Hamburgo e Munique em razão da política de limitação de vagas em cursos superiores imposta pela Alemanha na época. O Tribunal entendeu, à luz da reserva do possível, que inexistia o direito subjetivo à criação de vagas adicionais, porquanto seria inviável seu oferecimento A todos os cidadãos. Com isso, apenas uma brusca limitação ao ingresso nas universidades ou a oferta irrisória de vagas conseguiriam gerar o direito à prestação positiva por parte do Estado, hipóteses em que caberia à Corte seu reconhecimento judicial, com a conseguinte mobilização de recursos pelo governo (MACEDO, 2017).

Nesse sentido, Kellen Cristina de Andrade Ávila entende que:

> Para decidir a querela, a Corte Constitucional compreendeu – aplicando a teoria inovadora da "Reserva do Possível" – que o direito à prestação positiva (o número de vagas nas universidades) encontrava-se dependente da reserva do possível, firmando posicionamento de que o cidadão só poderia exigir do Estado aquilo que razoavelmente se pudesse esperar. Dito de outra forma, o aduzir da Corte Alemã encontrou respaldo na razoabilidade da pretensão frente às necessidades da sociedade (ÁVILA, 2013).

O Tribunal alemão, com isso, entendeu que a prestação reclamada deve corresponder ao que o indivíduo pode razoavelmente exigir da sociedade, de uma forma em que, mesmo em dispondo a administração pública de recursos e tendo poder de disposição, a mesma não estaria obrigada a prestar algo que não se mantenha nos limites do razoável (SARLET, 2003, p. 265). A Teoria da Reserva, portanto, não se relaciona apenas com a existência de recursos suficientes para a concretização dos direitos sociais, mas com a razoabilidade da pretensão proposta frente à sua efetivação.

No Brasil, a interpretação da referenciada teoria, ao ser adequada à realidade local, foi transformada em uma teoria da reserva do financeiramente possível, como mera referência aos custos dos direitos, bastando sua alegação para excluir uma prestação positiva subjetiva

do âmbito normativo de um direito fundamental social, como forma de limite à efetivação desses direitos prestacionais (MACEDO, 2017).

Seguindo esse raciocínio, Andreas Krell explica que à efetividade dos direitos sociais materiais e prestacionais estaria condicionada à reserva do que é financeiramente possível ao Estado, posto que esses são direitos fundamentais dependentes das possibilidades financeiras dos cofres públicos (KRELL, 2008, p. 30). Dessa forma, caberia ao poder público à decisão sobre à disponibilidade dos recursos financeiros estatais. No mesmo sentido, Ingo Sarlet acredita que:

> Sustenta-se, por exemplo, inclusive entre nós, que a efetivação destes direitos fundamentais encontra-se na dependência da efetiva disponibilidade de recursos por parte do Estado, que, além disso, deve dispor do poder jurídico, isto é, da capacidade jurídica de dispor. Ressalta-se, outrossim, que constitui tarefa cometida precipuamente ao legislador ordinário a de decidir sobre a aplicação e destinação de recursos públicos, inclusive no que tange às prioridades na esfera das políticas públicas, com reflexos diretos na questão orçamentária, razão pela qual também se alega tratar-se de um problema eminentemente competencial. Para os que defendem esse ponto de vista, a outorga ao Poder Judiciário da função de concretizar os direitos sociais mesmo à revelia do legislador, implicaria afronta ao princípio da separação dos poderes e, por conseguinte, ao postulado do Estado de Direito (SARLET, 2003, p. 286).

Para Krell, a reserva do possível pode se desdobrar em dois elementos: o fato e o jurídico. O fato se refere à disponibilidade de recursos financeiros suficientes à satisfação do direito prestacional, enquanto o jurídico diz respeito à existência de autorização orçamentária para que o Estado despenda dos respectivos recursos (KRELL, 2003, p. 286). Com isso, esta passou a ser utilizada como uma justificativa para a ausência do Estado, sendo um verdadeiro argumento para que os preceitos constitucionais não sejam devidamente cumpridos.

4.2 LIMITAÇÃO DOS RECURSOS E ATENDIMENTO DOS DIREITOS SOCIAIS

Como explicitado acima, visualiza-se a reserva do possível especialmente no âmbito das possibilidades financeiras do ente público. Com isso, é necessário observar, especialmente na seara dos direitos derivados a prestações, sua relevância, uma vez que não haveria como superar o limite fático representado pelo esgotamento dos recursos ou da capacidade das instituições existentes (ROCHA, 2005, p. 20).

Assim como ao indivíduo é reconhecida a possibilidade de se exigir, de forma compulsória, prestações asseguradas nas normas definidoras dos direitos sociais, baseadas nos pressupostos legais, também é relevante constatar que o legislador, além de editar os atos normativos concretizadores, também deve se ater aos critérios previstos nas normas constitucionais (SARLET, 2003, p. 294).

Devido a relevância econômica do objeto dos direitos fundamentais de segunda geração, estes encontram-se sob uma reserva do possível, circunstância que prova uma tomada de decisão a respeito da destinação de recursos públicos, cometidas aos órgãos políticos e para tanto legitimados (SARLET, 2003, p. 304). Para Gustavo Amaral, a reserva do possível significa que a concreção pela via jurisdicional desses direitos acarretará em uma escolha desproporcional, imoderada e não razoável por parte do ente público. O Estado teria que demonstrar, judicialmente, que tem motivos concretos e razoáveis para deixar de cumprir, efetivamente, a norma constitucional assecuratória de prestações positivas. Ao Poder Judiciário, caberia apenas verificar a razoabilidade e a faticidade dessas razões, mas sem que entre no mérito da escolha, nos casos de reconhecimento da razoabilidade (AMARAL, 2001, p. 116).

Com isso, Amaral entende ser inviável exigir que as prestações positivas possam ser sempre reivindicáveis, sem levar em conta as consequências financeiras e limitações do erário. Estas demandas violariam o fundamento da justiça, não apenas porque a falta de recursos provocaria discriminações arbitrárias entre quem receberá a prestação e quem não, mas também acarretaria um desequilíbrio entre as diferentes pretensões (AMARAL, 2001, p. 118). O autor finaliza dizendo que:

> A postura de "máxima eficácia" de cada pretensão, sobre o fato de não adentrar no conteúdo do direito a ser dada a eficácia, implica em negação da cidadania, na medida em que leva à falência do Estado pela impossibilidade de cumprir todas as demandas simultaneamente e rompe com a democracia, pretendendo trazer para o ambiente das Cortes de Justiça reclamos que têm seu lugar nas ruas, a pressão popular e não na tutela paternalista dos "'sábios" (AMARAL, 2001, p. 119).

Dentre as mais variadas normas econômicas, sociais e culturais, é possível deduzir o princípio da universalidade como estruturante da ordem econômico-social, onde todos têm o direito a um núcleo básico de direitos sociais. Assim, as prestações de assistência social básica, o rendimento mínimo garantido e o subsídio de desemprego são, conforme Canotilho, direitos sociais oriundos da Constituição sempre que constituam em um padrão mínimo de existência indispensável à fruição de qualquer direito (CANOTILHO, 2002, p. 511).

Entretanto, parte da doutrina sustenta que a escassez de recursos e de meios para atender determinados direitos, mesmo fundamentais, não pode ser descartada. Quanto menor a disponibilidade de recursos, mais se exige uma deliberação responsável a respeito de sua destinação, o que leva à necessidade da sociedade buscar aprimorar os mecanismos de gestão democrática do orçamento público, além de fomentar a conscientização dos órgãos do Poder Judiciário que tem o dever de zelar pela concretização dos direitos fundamentais sociais que,

ao serem realizados, deverão ter a máxima responsabilidade ao conceder ou não um direito subjetivo a determinada prestação social (AMARAL, 2001, p. 185).

O Supremo Tribunal Federal, em abril de 2004, também se manifestou acerca da reserva do possível. Com efeito, na ADPF 45 MC/DF, o Relator Min. Celso de Melo, afirmou que:

> a dimensão política da jurisdição constitucional conferida a esta Corte, que não pode demitir-se do gravíssimo encargo de tornar efetivos os direitos econômicos, sociais e culturais - que se identificam, enquanto direitos de segunda geração, com as liberdades positivas, reais ou concretas (RTJ 164/158-161, Rel. Min. CELSO DE MELLO) -, sob pena de o Poder Público, por violação positiva ou negativa da Constituição, comprometer, de modo inaceitável, a integridade da própria ordem constitucional (BRASIL 2004).

Não deixando de enfatizar o tema pertinente à reserva do possível:

> [...] notadamente em sede de efetivação e implementação (sempre onerosas) dos direitos de segunda geração (direitos econômicos, sociais e culturais), cujo adimplemento, pelo Poder Público, impõe e exige, deste, prestações estatais positivas concretizadoras de tais prerrogativas individuais e/ou coletivas.
> [...] traduzem-se em um binômio que compreende, de um lado, (1) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e, de outro (2) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas (BRASIL 2004).

É possível observar, dessa forma, que se trata de uma questão complexa, não bastando a mera positivação no ordenamento jurídico para tornar determinado direito realmente efetivo, uma vez que o caso concreto é que indicará à possibilidade da realização da pretensão buscada. As necessidades públicas tendem sempre a serem superiores aos recursos do Estado, acarretando na necessidade de se ter uma visão conjuntural não só dos direitos e valores sociais que eventualmente possam estar envolvidos, mas também das condições materiais e econômicas necessárias para sua efetiva concretização.

4.3 A RESERVA DO POSSÍVEL SOB A ÓTICA DA TEORIA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS DE ROBERT ALEXY

Na linha de pensamento do autor alemão Robert Alexy, os direitos fundamentais são, em sua maioria, dotados da estrutura de normas-princípios, mandamentos de otimização que ordenam que algo se realize da maneira mais efetiva possível, levando-se em conta as possibilidades fáticas e jurídicas presentes no caso concreto. Segundo Macedo, as concepções de Alexy se diferem da teoria interna, anteriormente exposta, por compreender limitações e direitos fundamentais como entes diversos. De forma analítica: “afasta-se à imanência dos limites para compreendê-los como genuínas restrições que, resultantes das permanentes

colisões entre as normas definidoras de direitos fundamentais, devem encontrar fundamento constitucional para que prosperem no caso concreto" (MACEDO, 2017).

Os direitos positivos passam, dessa forma, à serem baseados na ideia de ponderação entre princípios colidentes, à vista das condicionantes do caso. Como exemplo, o autor traz de um lado o princípio da liberdade fática (ou real) e de outro, os princípios da competência decisória do legislativo e o da separação dos poderes, bem como princípios materiais relativos à liberdade jurídica de terceiros e outros direitos coletivos (SARLET, 2003, p. 331).

O modelo ponderativo de Alexy indica soluções para o problema ao ressaltar à indispensável contraposição de valores, baseando-se sempre no caso concreto. Com isso, nas situações onde a argumentação da reserva de competência do legislativo entrar em conflito com o valor maior da vida e da dignidade da pessoa humana, ou nos casos em que o exame dos bens constitucionais em colisão - independentemente se são fundamentais - resultar na prevalência do direito social prestacional, é possível sustentar que, na esfera de um padrão mínimo existencial, reconhece-se um direito subjetivo definitivo à prestações. Dessa forma, admite-se, quando este mínimo for ultrapassado, um único direito subjetivo *prima facie*, uma vez que, nesse âmbito, não há como resolver à problemática em termos de tudo ou nada (SARLET, 2003, p. 338).

Nesse sentido, Gladston Macedo ensina que:

> A partir da aplicação da regra da proporcionalidade, médium discursivo e corolário da caracterização de princípios como mandamentos de otimização, decide-se pela precedência condicionada do direito social subjetivamente pretendido ou do feixe de princípios com ele colidentes, formulando-se uma regra (direito definitivo) que imputa a aplicação da consequência jurídica prevista pelo(s) princípio(s) preeminente(s) *in casu* (MACEDO, 2017).

Em suma, a Teoria dos Direitos Fundamentais de Alexy prevê, portanto, que as discussões a respeito da reserva do possível se resolvem a partir das leis de colisão e sopesamento. A prevalência ou não da reserva do possível nos casos concretos seria resolvida a partir de uma relação de precedência condicionada entre esses princípios, atentando-se às três regras da proporcionalidade: adequação, necessidade e proporcionalidade em sentido estrito (ALEXY, 2008, p. 132). É neste sentido da ponderação que a temática do custeio encontra relevância, como razão a suportar o grau de importância da preservação dos direitos sociais coletivos e do princípio da competência decisória do Poder Legislativo em relação ao direito individualmente requerido.

Buscando a concretização do princípio da máxima efetividade dos direitos fundamentais que encontram fundamento no artigo 5º, §1º da Constituição da República

Federativa do Brasil (BRASIL, 1988), a adoção dessa teoria é a melhor opção para se compatibilizar com o ordenamento jurídico pátrio. Isto porque, ao atribuir suporte fático amplo aos direitos fundamentais de segunda geração, impede que pretensões individuais à prestações positivas sejam excluídas aprioristicamente, sob o falso e desvirtuado emprego da reserva do possível. Neste sentido, Virgílio Afonso da Silva esclarece que:

> Como se perceberá, a forma de argumentação muda por completo se se parte do paradigma do suporte fático amplo. Mas essa mudança na argumentação não é um fim em si mesmo: como se pretende demonstrar, as exigências que o modelo do suporte fático amplo impõe à argumentação implicam um maior grau de proteção aos direitos fundamentais (SILVA, 2009, p. 111).

É importante observar que a primazia da Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy reside não apenas no grau de proteção que resulta da atribuição de um suporte fático amplo aos direitos fundamentais sociais, fomentador da máxima efetividade dessas normas, mas também na sua relação com o princípio democrático. Macedo entende que se dá pelo fato de que, ao se qualificar esses direitos como de *prima facie* e deixar a apuração da posição definitivamente tutelada para momento seguinte ao apropriado da ponderação, obsta que o decisionismo se instaure pela anteposição de uma pré-compreensão que, imune ao debate, defina o âmbito normativo de um direito fundamental como arbitrariamente reduzido, em razão de uma pretensa e não-justificada imposição da escassez de recursos (MACEDO, 2017).

Apresentadas essas considerações, é possível concluir que, de acordo com a teoria de Alexy, a reserva do possível expressa uma relação de precedência condicionada verificada nos casos concretos onde prevalentes os direitos sociais coletivos, ou os princípios da competência decisória do Poder Legislativo e da separação de poderes, diante dos direitos subjetivos sociais reclamados, ao mesmo tempo em que se identifica com a estrutura principiológica destas normas, a requerer submissão ao devido crivo das supracitadas regras de proporcionalidade para que o direito prima facie se repute definitivo no caso em questão (MACEDO, 2017). A alegação de mínimo existencial não deve ser anterior à ponderação, mas ser dela resultante, para que, com isso, os preceitos constitucionais sejam cumpridos da forma mais efetiva e democrática possível.

5 CONCLUSÃO

Como se pode observar nos capítulos anteriores, a aplicabilidade e a efetiva concretização dos direitos sociais necessitam de uma atuação positiva do ente estatal. Entretanto, para que esses direitos sejam atendidos, é necessário que se observe sua adequação à possibilidade fática do Estado.

Os direitos sociais possuem uma importância histórica significativa e estão intimamente ligados à evolução das limitações do poder, impondo, ao poder público, as tarefas de melhorias, de distribuição e redistribuição de recursos, além da criação de bens essenciais não disponíveis para aqueles que os necessitam.

Entretanto, é necessário observar que, para ocorrer uma efetiva concretização desses direitos, não se devem ignorar os elementos e condições materiais em que o Estado está inserido, principalmente no que tange aos recursos financeiros que, em muitos dos casos, não são suficientes para atender todas as demandas sociais e econômicas suscitadas.

O questionamento que o presente trabalho quis levantar foi que a impossibilidade fático-jurídica de concretização dos direitos fundamentais de segunda geração por parte do Estado, tem sido excessivamente suscitada para impossibilitar o reconhecimento de direitos subjetivos sociais pela justiça.

Com isso, baseando-se na Teoria dos Direitos Fundamentais de Robert Alexy, procura-se discutir a problemática a respeito da reserva do possível sob a luz das supracitadas regras da proporcionalidade. Portanto, a prevalência ou não da reserva do possível nos casos concretos estaria condicionada a um juízo de ponderação, buscando-se sempre fomentar a máxima efetividade das normas constitucionais, desde que relacionadas com o princípio democrático.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. **Teoria da Argumentação Jurídica:** a teoria do discurso racional como teoria da fundamentação jurídica. 2. ed. Tradução de Zilda Hutchinson Schild Silva. São Paulo: Landy Editora, 2005.

ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais.** Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.

AMARAL, Gustavo. **Interpretação dos Direitos Fundamentais e o Conflito entre os Poderes.** Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

APPIO, Eduardo Fernando. **O controle judicial das políticas públicas no Brasil**. 2004. 473 f. Tese de Doutorado (Curso de pós-graduação em Direito - Programa de Doutorado) - Universidade Federal de Santa Catarina, Florianópolis, 2004. Disponível em: https://repositorio.ufsc.br/bitstream/handle/123456789/87373/208502.pdf?sequence=1. Acesso em: 20 jan. 2019.

ÁVILA, Kellen Cristina de Andrade. **Teoria da reserva do possível.** Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 18, n. 3558, 29 mar. 2013. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/24062. Acesso em: 30 jul. 2018.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de Direito Constitucional.** 31. ed. São Paulo: Malheiros, 2016.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.** Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 30 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Acórdão na Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental n. 45.** Relator (a): Min. CELSO DE MELLO. Julgamento: 29/04/2004. Relator: Celso de Mello. Publicado no DJ de 22-11-1996. Disponível em: http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo345.htm Acesso em 30 jul. 2018.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Medida Cautelar em Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental** – ADPF MC n. 45. Arguido: Presidente da República. Arguente: PSDB. Relator: Min. Celso de Mello. Distrito Federal, 30 abr. 2004. Disponível em: http://www.prr4.mpf.gov.br/pesquisaPauloLeivas/arquivos/ADPF45.htm. Acesso em: 24 de junho de 2018.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 5. ed. Coimbra: Livraria Almedina, 2002.

DALLARI, Sueli Gandolfi. Direito Sanitário. UFSC. O Direito à Saúde sob a Ótica do Mínimo Existencial e da Reserva do Possível. In: **Revista Eletrônica de Iniciação Científica.** Itajaí, Centro de Ciências Sociais e Jurídicas da UNIVALI. v. 4, n.4, p. 574-594, 4º Trimestre de 2013. ISSN 2236-5044. Disponível em: http://www.buscalegis.ufsc.br/revistas/files/journals/2/articles/2843/public/26843268451PB.pdf. Acesso em: 20 jan. 2019.

DAVIES, Ana Carolina Izidório. Limites constitucionais do direito à saúde: reserva do possível x mínimo existencial. In: **XXXIX Congresso Nacional de Procuradores do Estado em Porto de Galinhas.** 15 a 18 de outubro de 2013. Disponível em: http://anape.org.br/site/limites-constitucionais-direito-saude-reserva-possivel-x-minimo-existencial. Acesso em: 20 jan. 2019.

FALSARELLA, Christiane. **Reserva do possível como aquilo que é razoável se exigir do Estado.** Associação dos procuradores do Estado de São Paulo. São Paulo (SP), 2012, p. 5. Disponível em http://www.apesp.org.br/comunicados/images/tese_christiane_mina_out2012.pdf. Acesso em: 20 jan. 2019.

FONTE, Felipe de Melo. **Políticas Públicas e Direitos Fundamentais: elementos de fundamentação do controle jurisdicional de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2013.

GALDINO, Flávio. **O custo dos direitos.** In: TORRES, Ricardo Lobo. A legitimação dos Direitos Humanos. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

GRAU, Eros Roberto. **O Direito posto e o Direito pressuposto.** 8. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo Poder Judiciário. In: Revista do Curso de Direito da Faculdade de Humanidades e Direito. v. 7, n. 7, 2010, p. 18. Disponível em: https://www.metodista.br/revistas/revista-ims/index.php/RFD/article/viewFile/1964/1969 – Acesso em: 20 jan. 2019.

GUERRA, Sidney; EMERIQUE, Lilian. O Princípio da dignidade da pessoa humana e o mínimo existencial. **Revista da Faculdade de direito de Campos.** [S.l.], Dezembro 2006, nº9, p.385. Disponível em: http://www.funorte.com.br/files/servico-social/13.pdf. Acesso em: Acesso em 20 jan. 2019.

MACEDO, Gladston Bethônico Bernardes Rocha. **A reserva constitucionalmente possível:** estudo sobre a concretização dos direitos fundamentais sociais. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 23, n. 5318, 22 jan. 2018. Disponível em: https://jus.com.br/artigos/62678. Acesso em: 30 jul. 2018.

MARMELSTEIN, George. **Curso de direitos fundamentais.** 7. ed. São Paulo: Atlas, 2018.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo.** 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

MIRANDA, Jorge. **Manual de Direito Constitucional:** Direitos fundamentais. 5. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

MIRANDA, Jorge. **Os Direitos Fundamentais:** Sua Dimensão Individual e Social. 1. ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2000.

MORAES, Daniela Pinto Holtz. Efetividade dos direitos sociais: Reserva do possível, mínimo existencial e ativismo judicial. **Âmbito Jurídico**. Rio Grande (RS), 01 maio 2010. Disponível em http://www.ambitojuridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=7701. Acesso em: 20 jan. 2019.

PEREIRA, Wellington. O Poder Judiciário e a implementação de políticas públicas. **De jure : revista jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais**, Belo Horizonte, n. 6 jan./jun. 2006. Disponível em: http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/27004/implementacao_politicas_publicas_meio.pdf?sequence=1 Acesso em 15/12/12

SARLET, Ingo Wolfgang; FIGUEIREDO, Mariana Filchtiner. Reserva do possível, mínimo existencial e direito à saúde: algumas aproximações. **Revista de Doutrina da 4ª Região**, Porto Alegre, n. 24, jul. 2008. Disponível em: <http://www.revistadoutrina.trf4.jus.br/artigos/edicao024/ingo_mariana.html> Acesso em: Acesso em: 20 jan. 2019.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A Eficácia dos Direitos Fundamentais.** 3ª ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Garantias Econômicas, Políticas e Jurídicas da Eficácia dos Direitos Sociais.** Disponível em: http://www.mundojuridico.adv.br/html/artigos/documentos/texto110.htm. Acesso em 17.03.2010. Acesso em: 30 jul. 2018.

SILVA, Virgílio Afonso. **Direitos Fundamentais**: conteúdo essencial, restrições e eficácia. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

SOUZA, Lucas Daniel Ferreira de. Reserva do possível e o mínimo existencial: embate entre direitos fundamentais e limitações orçamentárias . In: **Âmbito Jurídico**, Rio Grande, XVI, n. 116, set 2013. Disponível em: <http://www.ambito-juridico.com.br/site/?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=13621>. Acesso em: 20 jan. 2019.

TORRES, Ricardo Lobo (org.). **A Cidadania Multidimensional na Era dos Direitos**. Teoria dos Direitos Fundamentais. 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.

VIOLA. Luís Armando. **O direito prestacional à saúde e sua proteção constitucional**. 2006. 108 f. Dissertação (Mestrado em Direito) - Faculdade de Direito de Campos, Campos dos Goytacazes, 2006. Disponível em: <www.fdc.br/Arquivos/Mestrado/Dissertacoes/Integra/LuisArmando.pdf>. Acesso em: 20 jan. 2019.